



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

27 februari 2019*

„Prejudiciële verwijzing – Vrijheid van vestiging – Verordening (EG) nr. 1008/2008 – Luchtvaartmaatschappij – Herprivatisering – Verkoop van maximaal 61 % van het aandelenkapitaal – Voorwaarden – Verplichting tot behoud van het hoofdkantoor en van de feitelijke leiding in een lidstaat – Openbaardienstverplichtingen – Verplichting tot behoud en verdere ontwikkeling van de bestaande nationale hub”

In zaak C-563/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal) bij beslissing van 20 juni 2017, ingekomen bij het Hof op 25 september 2017, in de procedure

Associação Peço a Palavra,

João Carlos Constantino Pereira Osório,

Maria Clara Marques Pires Sarmiento Franco,

Sofia da Silva Santos Arauz,

Maria João Galhardas Fitas

tegen

Conselho de Ministros,

in tegenwoordigheid van:

Parpública – Participações Públicas SGPS SA,

TAP – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend voor de president van de Tweede kamer, A. Prechal (rapporteur) en C. Toader, A. Rosas en M. Ilešič, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

* Procestaal: Portugees.

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 september 2018,

gelet op de opmerkingen van:

- Parública – Participações Públicas SGPS SA, vertegenwoordigd door M. Mendes Pereira, advocado,
- de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, M. Figueiredo en A. Duarte de Almeida als gemachtigden,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. K. Bulterman en J. Langer als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door P. Costa de Oliveira, L. Malferrari en K. Simonsson als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 november 2018,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van de artikelen 49, 54, 56 en 57 VWEU en van de artikelen 2, 16 en 17 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geschil tussen de Associação Peço a Palavra, een non-profitorganisatie naar Portugees recht, en vier natuurlijke personen met de Portugese nationaliteit (hierna gezamenlijk: „APP e.a.”) enerzijds en de Conselho de Ministros (ministerraad, Portugal) anderzijds over de geldigheid van een besluit op grond waarvan in biedingsvoorwaarden bepaalde eisen worden gesteld aan de indirecte herprivatisering van TAP – Transportes Aéreos Portugueses SA (hierna: „TAP”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2006/123

- 3 In overweging 21 van richtlijn 2006/123 staat te lezen dat „[v]ervoerdiensten, met inbegrip van stadsvervoer, taxi’s, ambulances en havendiensten, [...] uitgesloten [dienen] te zijn van de werkingssfeer van deze richtlijn”.
- 4 Ingevolge artikel 2, lid 2, onder d), van deze richtlijn is de richtlijn niet van toepassing op diensten op het gebied van vervoer, met inbegrip van havendiensten, die onder de werkingssfeer van titel V van het derde deel van het EG-Verdrag vallen, die titel VI van het derde deel van het VWEU is geworden.

- 5 Hoofdstuk IV van deze richtlijn heeft als opschrift „Vrij verkeer van diensten” en bestaat onder meer uit artikel 16, met daarin de voorwaarden die gelden ten aanzien van het recht van dienstverrichters om vrij diensten te verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij zijn gevestigd, en artikel 17, dat een aantal uitzonderingen op dat recht bevat.

Verordening nr. 1008/2008

- 6 In de overwegingen 10 tot en met 12 van verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap (PB 2008, L 293, blz. 3) wordt het volgende verklaard:

„(10) Om de interne luchtvaartmarkt te voltooien, moeten de resterende beperkingen die tussen lidstaten gelden, zoals de beperkingen op codesharing op routes naar derde landen of op de prijsstelling voor routes naar derde landen met een tussenstop in een andere lidstaat [...], worden opgeheven.

(11) Om rekening te houden met de bijzondere kenmerken en beperkingen van de ultraperifere gebieden, met name hun afgelegen en insulaire karakter en hun geringe oppervlakte, alsook met de noodzaak een goede verbinding tussen deze gebieden en de centraal gelegen gebieden van de Gemeenschap tot stand te brengen, kan een speciale regeling gerechtvaardigd zijn voor de bepalingen betreffende de geldigheidsduur van de overeenkomsten inzake openbaredienstverplichtingen die van toepassing zijn op de routes naar dergelijke gebieden.

(12) De voorwaarden waaronder openbaredienstverplichtingen mogen worden opgelegd, moeten duidelijk en ondubbelzinnig worden vastgesteld en de daarmee samenhangende aanbestedingsprocedures moeten ervoor zorgen dat voldoende gegadigden zich kandidaat stellen voor de aanbestedingen. De Commissie moet in staat zijn zoveel informatie te vergaren als nodig is om de economische motivering van openbaredienstverplichtingen geval per geval te kunnen beoordelen.”

- 7 Artikel 2 van deze verordening draagt het opschrift „Definities” en bepaalt:

„In deze verordening wordt verstaan onder:

1) ‚exploitatievergunning’: een door de bevoegde vergunningverlenende autoriteit aan een onderneming verleende vergunning waarbij haar wordt toegestaan, al naargelang van het in de vergunning vermelde, luchtdiensten te verstrekken;

[...]

8) ‚bewijs luchtvaartexploitant’, hierna ‚AOC’ (air operator’s certificate) te noemen: een aan een onderneming afgegeven certificaat waarin wordt verklaard dat de luchtvaartexploitant beschikt over de beroepsbekwaamheid en organisatie om de veiligheid van de in dat certificaat gespecificeerde activiteiten te garanderen, overeenkomstig de relevante bepalingen van de Gemeenschapswetgeving of, voor zover van toepassing, het nationaal recht;

9) ‚daadwerkelijke zeggenschap’: een relatie gebaseerd op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of tezamen en gelet op de desbetreffende feitelijke of juridische omstandigheden, de mogelijkheid bieden om rechtstreeks of onrechtstreeks een beslissende invloed uit te oefenen op een onderneming, meer bepaald via:

a) het recht om alle of een gedeelte van de activa van een onderneming te gebruiken;

b) rechten of overeenkomsten waardoor een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de organen van een onderneming of waardoor anderszins een beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de bedrijfsvoering van de onderneming;

10) ‚luchtvaartmaatschappij’: een onderneming met een geldige exploitatievergunning of een equivalent daarvan;

11) ‚communautaire luchtvaartmaatschappij’: een luchtvaartmaatschappij met een geldige, door een bevoegde vergunningverlenende autoriteit overeenkomstig hoofdstuk II afgegeven exploitatievergunning;

[...]

14) ‚verkeersrecht’: het recht om een luchtdienst te exploiteren tussen twee communautaire luchthavens;

[...]

26) ‚hoofdvestiging’: het hoofdkantoor of het geregistreerde kantoor van een communautaire luchtvaartmaatschappij in de lidstaat waar de belangrijkste financiële functies en de operationele controle op de communautaire luchtvaartmaatschappij, met inbegrip van het beheer van de blijvende luchtwaardigheid, worden uitgeoefend.”

8 In hoofdstuk II van verordening nr. 1008/2008, dat als opschrift „Exploitatievergunning” heeft, is artikel 4 opgenomen, dat als volgt luidt:

„De bevoegde vergunningverlenende autoriteit van een lidstaat verleent een onderneming slechts een exploitatievergunning indien:

a) haar hoofdvestiging zich in die lidstaat bevindt;

b) de onderneming houder is van een geldig AOC dat is afgegeven door een nationale autoriteit van de lidstaat waarvan de vergunningverlenende autoriteit bevoegd is voor het verlenen, weigeren, intrekken of opschorten van de exploitatievergunning van de communautaire luchtvaartmaatschappij;

[...]

f) lidstaten en/of ingezetenen van lidstaten voor meer dan 50 % eigenaar zijn van de onderneming en er daadwerkelijk controle over uitoefenen, hetzij direct, hetzij via een of meer tussenbedrijven, tenzij anders is bepaald in een overeenkomst met een derde land waarbij de Gemeenschap partij is;

[...]”

9 Artikel 8, leden 1, 5 en 7, van verordening nr. 1008/2008 bepaalt het volgende:

„1. Een exploitatievergunning blijft geldig zolang de communautaire luchtvaartmaatschappij aan de voorschriften van dit hoofdstuk voldoet.

Een communautaire luchtvaartmaatschappij moet desgevraagd te allen tijde aan de bevoegde vergunningverlenende autoriteit kunnen aantonen dat zij aan alle voorwaarden van dit hoofdstuk voldoet.

[...]

5. Elke communautaire luchtvaartmaatschappij stelt de bevoegde vergunningverlenende autoriteiten

[...]

b) vooraf in kennis van elke voorgenomen fusie of overneming, [...]

[...]

7. Ten aanzien van de communautaire luchtvaartmaatschappijen waaraan zij een vergunning heeft verleend, beslist de bevoegde vergunningverlenende autoriteit of de exploitatievergunning opnieuw ter goedkeuring moet worden voorgelegd bij een wijziging van een of meer elementen die een invloed hebben op de rechtssituatie van een communautaire luchtvaartmaatschappij en meer bepaald in geval van fusie of bedrijfsovername.”

10 In hoofdstuk III van verordening nr. 1008/2008, dat het opschrift „Toegang tot routes” draagt, is artikel 15 opgenomen, waarin is bepaald:

„1. Communautaire luchtvaartmaatschappijen hebben het recht intracommunautaire luchtdiensten te exploiteren.

2. De lidstaten mogen de exploitatie van intracommunautaire luchtdiensten door een communautaire luchtvaartmaatschappij niet afhankelijk stellen van enige vergunning of toelating. De lidstaten eisen van de communautaire luchtvaartmaatschappijen geen documenten of informatie die zij al aan de bevoegde vergunningverlenende autoriteit hebben verstrekt, indien de desbetreffende informatie tijdig kan worden verkregen van de bevoegde vergunningverlenende autoriteit.

[...]”

11 Artikel 15, leden 4 en 5, van de verordening ziet op regelingen voor codesharing waaraan communautaire luchtvaartmaatschappijen mogen deelnemen.

12 Artikel 16 van verordening nr. 1008/2008, dat als opschrift „Algemene beginselen van openbardienstverplichtingen” heeft en ook in hoofdstuk III is opgenomen, bepaalt in de leden 1 en 4:

„1. Een lidstaat kan, na overleg met de andere betrokken lidstaten en na de Commissie, de betrokken luchthavens en de luchtvaartmaatschappijen die de betrokken route exploiteren, op de hoogte te hebben gesteld, een openbardienstverplichting opleggen met betrekking tot geregelde luchtdiensten tussen een luchthaven in de Gemeenschap en een luchthaven die de luchtverbindingen voor een perifeer of ontwikkelingsgebied op zijn grondgebied of op een weinig geëxploiteerde route naar een luchthaven op zijn grondgebied verzorgt, wanneer een dergelijke route van vitaal belang wordt geacht voor de economische en sociale ontwikkeling van de regio die door de luchthaven wordt bediend. Een dergelijke verplichting wordt alleen opgelegd voor zover zulks noodzakelijk is om op die route een minimum aanbod te waarborgen van geregelde luchtdiensten die voldoen aan vastgestelde normen inzake continuïteit, regelmaat, prijzen of minimumcapaciteit en waaraan luchtvaartmaatschappijen niet zouden voldoen indien zij alleen op hun eigen commerciële belangen zouden letten.

De normen voor de route waarvoor de openbardienstverplichting wordt opgelegd, worden op transparante en niet-discriminerende wijze vastgesteld.

[...]

4. Als een lidstaat een openbaredienstverplichting wil opleggen, moet hij de volledige tekst van de voorgenomen openbaredienstverplichting meedelen aan de Commissie, de andere betrokken lidstaten, de betrokken luchthavens en de luchtvaartmaatschappijen die de route in kwestie exploiteren.

De Commissie publiceert een kennisgeving in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, waarin wordt vermeld:

- a) welke twee luchthavens door de betrokken route worden verbonden en op welke luchthaven(s) eventueel een tussenstop wordt gemaakt;
- b) op welke datum de openbaredienstverplichting van kracht wordt, en
- c) het volledige adres waarop de tekst en alle relevante informatie en/of documentatie over de openbaredienstverplichting onverwijld en gratis door de betrokken lidstaat ter beschikking worden gesteld.”

Portugees recht

13 Bij besluit met kracht van wet nr. 181-A/2014 van 24 december 2014 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 248 van 24 december 2014) heeft de ministerraad de procedure goedgekeurd voor de herprivatisering van TAP middels een zogenoemde directe referentieverkoop van maximaal 61 % van de aandelen van de moedermaatschappij van TAP, namelijk de houdstermaatschappij TAP – Transportes Aéreos Portugueses SGPS SA (hierna: „TAP SGPS”).

14 In de toelichting op dit besluit met kracht van wet is het volgende aangegeven:

„[H]et gaat om een bedrijf dat een innige band met het land heeft, welke band gehandhaafd moet blijven. Het is dan ook belangrijk om de kenmerkende eigenschap als nationale luchtvaartmaatschappij niet kwijt te raken. Volgens de regering moet bij de herprivatisering van TAP rekening worden gehouden met het strategische belang van de nationale hub als beslissende schakel voor de betrekkingen tussen Europa, Afrika en Latijns-Amerika, in welk verband de vluchten van TAP een essentiële rol spelen, en moet tevens worden gekeken naar het belang van de binnenlandse verbindingen, met name tussen het vasteland en de eilanden, aangezien die binnenlandse verbindingen cruciaal zijn om de territoriale en sociale samenhang en de economische ontwikkeling te bevorderen.”

15 Artikel 4, lid 3, van besluit met kracht van wet nr. 181-A/2014 bevat bepaalde criteria voor het selecteren van beoogde aankopen en van potentiële kopers die deel mogen nemen aan de volgende fasen van de directe verkoop, en voor het accepteren van biedingen. Aangegeven is dat andere specifieke eisen bij besluit van de ministerraad zullen worden vastgelegd.

16 Artikel 8 van dit besluit met kracht van wet draagt het opschrift „Regelgeving” en bepaalt:

„1. De definitieve en specifieke voorwaarden met betrekking tot de bij de herprivatisering van TAP SGPS uit te voeren transacties en de uitoefening van de krachtens dit besluit met kracht van wet aan de ministerraad toegekende bevoegdheden worden vastgelegd middels de aanneming van een of meer besluiten.

2. Met betrekking tot de directe referentieverkoop dient de ministerraad met name:

- a) de biedingsvoorwaarden goed te keuren, waarin de specifieke voorwaarden met betrekking tot die transacties worden bepaald, en de aandelen die worden gekocht en geplaatst onvervreemdbaar te maken;

[...]”

17 Op grond van artikel 8 van besluit met kracht van wet nr. 181-A/2014 heeft de ministerraad op 15 januari 2015 besluit nr. 4-A/2015 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 13 van 20 januari 2015) vastgesteld. Besluit nr. 4-A/2015 bevat onder meer de biedingsvoorwaarden met betrekking tot de directe referentieverkoop, die zijn opgenomen in bijlage I bij dat besluit en daar onderdeel van uitmaken (hierna: „biedingsvoorwaarden”).

18 Artikel 1 van de biedingsvoorwaarden heeft als opschrift „Voorwerp” en luidt als volgt:

„1. Deze biedingsvoorwaarden bevatten de voorwaarden voor de directe referentieverkoop van aandelen in het kapitaal van [TAP SGPS], welke verkoop plaatsvindt in het kader van de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van [TAP].

2. De directe referentieverkoop omvat de vervreemding middels rechtstreekse onderhandelingen van een of meer ondeelbare pakketten aandelen in het kapitaal van [TAP SGPS] aan een of meer individueel of collectief optredende nationale of buitenlandse investeerders.

3. De directe referentieverkoop van de in het voorgaande lid genoemde aandelen vindt plaats met een of meer bidders die worden geselecteerd als koper van de aandelen waarop de directe verkoop betrekking heeft.

4. Bij de directe referentieverkoop worden de aandelen die door de geselecteerde bidder of bidders worden verworven, vervreemd door Parpública – Participações Públicas SGPS SA.”

19 Artikel 5 van de biedingsvoorwaarden draagt het opschrift „Selectiecriteria” en bepaalt:

„De te hanteren criteria voor het selecteren van een of meer marktdeelnemers die de in artikel 1, lid 2, genoemde aandelen zullen kopen, zijn:

a) de bijdrage aan de versterking van de economische en financiële draagkracht en de kapitaalstructuur van [TAP SGPS] en [TAP], [...] [zodat] wordt bijgedragen aan de duurzaamheid en stimulering van de ondernemingen en de groei van hun activiteiten, en [...] de waarde en het relatieve gewicht van het resterende in overheidshanden zijnde kapitaal en de waarde van de putoptie behouden blijven;

[...]

c) het indienen en waarborgen van de uitvoering van een geschikt en samenhangend strategisch plan dat beoogt de groei van [TAP] te beschermen en te bevorderen en rekening houdt met de door de regering omschreven doelstellingen voor de herprivatisering, de verdere versterking van de concurrentiepositie van TAP als wereldwijd actieve luchtvaartmaatschappij op de reeds bestaande markten en op nieuwe markten, het behoud van de integriteit, bedrijfsidentiteit en onafhankelijkheid van het TAP-concern, met name door het behoud van het merk TAP en van de banden van dat merk met Portugal alsmede door het waarborgen dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het TAP-concern in Portugal gevestigd blijven, en voorts nog de bijdrage aan het behoud en de verdere ontwikkeling van de operationele en zakelijke eigenschappen van het TAP-concern, en de stimulering en verdere ontwikkeling van de human resources van het concern;

d) het vermogen om tijdig en doelmatig te voldoen aan de openbaredienstverplichtingen die mogelijk rusten op [TAP], inclusief met betrekking tot verbindingen tussen de belangrijkste nationale luchthavens en de autonome regio's, indien van toepassing, alsmede met betrekking tot

het behoud en de verdere ontwikkeling van de routes die mogelijkterwijs worden gebruikt door de autonome regio's, in het buitenland wonende Portugezen en de landen en gemeenschappen waar Portugees wordt gesproken of een officiële taal is;

- e) de bijdrage aan de groei van de nationale economie, inclusief met betrekking tot het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub als platform dat van cruciaal strategisch belang is voor de betrekkingen tussen Europa, Afrika en Latijns-Amerika;

[...]"

- 20 Bij besluit nr. 32-A/2015 van 21 mei 2015 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 98 van 21 mei 2015) heeft de ministerraad na de eerste fase van de herprivatisering besloten dat één bod zou worden geweigerd, aangezien het niet voldeed aan alle in de biedingsvoorwaarden gestelde eisen, en dat twee andere bidders van wie het bod in wezen gelijkwaardig was, zouden worden uitgenodigd om deel te nemen aan de tweede fase van de herprivatisering, namelijk de onderhandelingsfase.
- 21 Bij besluit nr. 38-A/2015 van 11 juni 2015 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 113 van 12 juni 2015) zijn verschillende tot het Gateway-concern behorende ondernemingen geselecteerd om 61 % van het aandelenkapitaal van TAP SGPS te kopen. Het verhoogde, bindende bod van die ondernemingen scoorde beter waar het ging om het naleven van de in artikel 5 van de biedingsvoorwaarden genoemde selectiecriteria, met name wat betreft de bijdrage aan de versterking van de economische en financiële draagkracht van het TAP-concern.
- 22 Op 24 juni 2015 is een overeenkomst aangegaan waarbij Párpública – Participações Públicas SGPS SA (hierna: „Párpública”) ermee instemde om 61 % van het aandelenkapitaal van TAP SGPS aan de ondernemingen van het Gateway-concern te verkopen voor 10 miljoen EUR. De verkoop was afhankelijk van de naleving van bepaalde voorwaarden waaraan uiterlijk op 24 juni 2016 moest zijn voldaan.
- 23 Bij besluit nr. 30/2016 van 19 mei 2016 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 99 van 23 mei 2016) heeft de ministerraad nota genomen van een op 6 februari 2016 ondertekend memorandum van overeenstemming tussen de Portugese Staat en Atlantic Gateway SGPS Lda waarmee beoogd werd om de voorwaarden te herzien waaronder de Portugese Staat deelnam in het aandelenkapitaal van TAP SGPS. Middels deze overeenkomst heeft de eerstgenoemde van die ondernemingen ermee ingestemd om voldoende aandelen terug te verkopen aan Párpública, zodat de Portugese Staat eigenaar zou zijn van 50 % van het aandelenkapitaal van TAP SGPS.
- 24 Als gevolg van die overeenkomst houden de ondernemingen van het Gateway-concern en de Portugese Staat deelnemingen van respectievelijk 45 % en 50 % in TAP SGPS; de werknemers van het TAP-concern zijn eigenaar van de overige 5 %.

Hoofding en prejudiciële vragen

- 25 APP e.a. hebben beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal), en deze rechter verzocht om nietigverklaring of vernietiging van besluit nr. 4-A/2015 van de ministerraad van 15 januari 2015, voor zover dat besluit de biedingsvoorwaarden met betrekking tot de directe referentieverkoop van maximaal 61 % van het aandelenkapitaal van TAP SGPS bevat.
- 26 APP e.a. betogen om te beginnen dat artikel 5, onder c), van de biedingsvoorwaarden in strijd is met de artikelen 49 en 54 VWEU, aangezien volgens dat artikel het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het TAP-concern in Portugal gevestigd moeten blijven. Zij zijn voorts van mening dat artikel 5, onder d), van de biedingsvoorwaarden de artikelen 56 en 57 VWEU en de artikelen 16 en 17 van

richtlijn 2006/123 schendt, door als eis op te leggen dat aan openbaredienstverplichtingen wordt voldaan. Ten slotte voeren zij aan dat artikel 5, onder e), van de biedingsvoorwaarden zich niet verdraagt met de artikelen 56 en 57 VWEU en de artikelen 16 en 17 van die richtlijn omdat als eis wordt gesteld dat de huidige nationale hub behouden blijft en verder ontwikkeld wordt.

27 Tegen deze achtergrond heeft de Supremo Tribunal Administrativo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is het met het Unierecht, en met name de artikelen 49 en 54 VWEU en de daarin neergelegde beginselen, verenigbaar dat in de procedure voor de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van een in overheidshanden zijnde vennootschap die actief is in de luchtvaart, in de op die procedure betrekking hebbende documenten als criterium voor het selecteren van beoogde aankopen door potentiële investeerders en het accepteren van biedingen wordt gehanteerd de eis dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van die vennootschap in de lidstaat van oprichting gevestigd blijven?
- 2) Is het met het Unierecht, en met name de artikelen 56 en 57 VWEU en de daarin neergelegde beginselen alsmede het non-discriminatie-, het evenredigheids- en het noodzakelijkheidsbeginsel, verenigbaar dat in de procedure voor de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van de genoemde vennootschap, in de op die procedure betrekking hebbende documenten als criterium voor het selecteren van beoogde aankopen door potentiële investeerders en het accepteren van biedingen wordt gehanteerd de eis dat de koper overgaat tot uitvoering van openbaredienstverplichtingen?
- 3) Is het met het Unierecht, en met name de artikelen 56 en 57 VWEU en de daarin neergelegde beginselen, verenigbaar dat in de procedure voor de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van de genoemde vennootschap, in de op die procedure betrekking hebbende documenten als criterium voor het selecteren van beoogde aankopen door potentiële investeerders en het accepteren van biedingen wordt gehanteerd de eis dat de koper de huidige nationale hub behoudt en verder ontwikkelt?
- 4) Zijn de activiteiten die worden ontplooid door de genoemde vennootschap, waarvan het aandelenkapitaal wordt vervreemd in het kader van de herprivatisering, aan te merken als diensten op de interne markt waarop richtlijn [2006/123] van toepassing is, als sprake is van de in artikel 2, lid 2, onder d), van die richtlijn neergelegde uitzondering met betrekking tot diensten op het gebied van vervoer, en is die richtlijn dus ook van toepassing op de betreffende procedure?
- 5) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, is het dan met de artikelen 16 en 17 van die richtlijn verenigbaar dat in de procedure voor de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van de genoemde vennootschap, in de op die procedure betrekking hebbende documenten als criterium voor het selecteren van beoogde aankopen door potentiële investeerders en het accepteren van biedingen wordt gehanteerd de eis dat de koper overgaat tot uitvoering van openbaredienstverplichtingen?
- 6) Indien de vierde vraag bevestigend wordt beantwoord, is het dan met de artikelen 16 en 17 van die richtlijn verenigbaar dat in de procedure voor de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van de genoemde vennootschap, in de op die procedure betrekking hebbende documenten als criterium voor het selecteren van beoogde aankopen door potentiële investeerders en het accepteren van biedingen de eis wordt gehanteerd dat de koper de huidige nationale hub behoudt en verder ontwikkelt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Vierde tot en met zesde vraag

- 28 Met de vierde tot en met de zesde vraag, die samen en in de eerste plaats moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter met betrekking tot de activiteiten van TAP op het gebied van luchtvervoer te vernemen of richtlijn 2006/123 relevant is voor de beantwoording van de voorgelegde vragen, voor zover die vragen betrekking hebben op de verenigbaarheid met het Unierecht van de bij de indirecte herprivatisering van die onderneming opgelegde openbaredienstverplichtingen en eis dat de huidige nationale hub behouden blijft en verder wordt ontwikkeld.
- 29 Vastgesteld moet worden dat diensten op het gebied van luchtvervoer, die de hoofdactiviteit van TAP vormen, moeten worden aangemerkt als „diensten op het gebied van vervoer” in de zin van artikel 2, lid 2, onder d), van richtlijn 2006/123, gelezen in samenhang met overweging 21 van deze richtlijn, waarop deze richtlijn niet van toepassing is (zie in die zin arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, punt 36).
- 30 Dit vindt steun in de rechtspraak van het Hof waaruit blijkt dat het begrip „diensten op het gebied van vervoer” niet alleen vervoerdiensten als zodanig omvat, maar ook diensten die inherent verbonden zijn aan de fysieke activiteit van het verplaatsen van personen of goederen van de ene naar de andere plaats door middel van een vervoermiddel (arrest van 20 december 2017, Asociación Profesional Elite Taxi, C-434/15, EU:C:2017:981, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 Derhalve hoeft niet te worden ingegaan op de vijfde en de zesde vraag die in het bijzonder erop zien of er geen sprake is van strijdigheid met de artikelen 16 en 17 van richtlijn 2006/123 bij de eisen die in de biedingsvoorwaarden worden gesteld en op grond waarvan, bij het voortzetten van de luchtvervoeractiviteiten van TAP na de herprivatisering van die onderneming, bepaalde verplichtingen gelden wat openbaredienstverplichtingen en het behoud en de verdere ontwikkeling van de nationale hub van die onderneming betreft.
- 32 Daarentegen moet, aangezien het Hof uit alle door de verwijzende rechter verschaftte gegevens de normen en beginselen van het Unierecht kan putten die, gelet op het voorwerp van het hoofdgeding, uitlegging behoeven (arrest van 16 juli 2015, Abcur, C-544/13 en C-545/13, EU:C:2015:481, punt 34), erop worden gewezen dat verordening nr. 1008/2008 relevant kan zijn voor de beoordeling van de verenigbaarheid met het Unierecht van eisen die in de biedingsvoorwaarden worden gesteld, daar die verordening voorziet in gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Unie.
- 33 Gelet op het voorgaande dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2006/123 aldus moet worden uitgelegd dat zij niet relevant is voor de beoordeling van de vraag of van strijdigheid met het Unierecht sprake is bij bepaalde eisen die betrekking hebben op de activiteiten van een luchtvaartmaatschappij en die worden opgelegd aan degene die een gekwalificeerde deelneming in die luchtvaartmaatschappij verwerft, en met name bij de eis dat de verwerver van die deelneming openbaredienstverplichtingen uitvoert en de nationale hub van de luchtvaartmaatschappij behoudt en verder ontwikkelt.

Eerste tot en met derde vraag

Opmerkingen vooraf

- 34 Met de eerste tot en met de derde vraag, die samen en in de tweede plaats moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of bepaalde in de biedingsvoorwaarden genoemde „criteria” voor het selecteren van de degene die een deelneming van maximaal 61 % in het

aandelenkapitaal van een houdstermaatschappij verwerft naar aanleiding van de herprivatisering van haar dochteronderneming die actief is in de luchtvaart, en met name de eisen die betrekking hebben op i) de openbaredienstverplichtingen van die dochteronderneming, ii) de omstandigheid dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het concern waartoe die ondernemingen behoren, behouden moeten blijven in de betrokken lidstaat, en iii) het behoud en de verdere ontwikkeling van de bestaande nationale hub, zich verdragen met de in de Verdragen neergelegde fundamentele vrijheden.

- 35 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat Parpública, het staatsbedrijf dat de desbetreffende aandelen heeft vervreemd en eigenaar is van de aandelen die in handen zijn gebleven van de Portugese Staat, in de door dit bedrijf ingediende schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting voor het Hof heeft betoogd dat de verwijzende rechter in de eerste tot en met de derde vraag de criteria ten onrechte heeft aangemerkt als „eisen”. Het gaat namelijk slechts om een aantal criteria waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling van de verschillende biedingen, waarbij van de potentiële koper van de aandelen niet noodzakelijkerwijs wordt verlangd dat hij aan al die criteria voldoet. Ook de Portugese regering heeft ter discussie gesteld dat die criteria bindend zijn.
- 36 Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU de taken van het Hof strikt gescheiden van die van de verwijzende rechter. Terwijl het aan het Hof is om het Unierecht uit te leggen, staat het uitsluitend aan de verwijzende rechter om het nationale recht uit te leggen. Het Hof dient zich dan ook te houden aan de door de nationale rechter gegeven uitlegging van het nationale recht (zie in de zin onder meer arresten van 11 september 2014, Essent Belgium, C-204/12–C-208/12, EU:C:2014:2192, punt 52, en 28 juli 2016, Astone, C-332/15, EU:C:2016:614, punt 24).
- 37 Bovendien lijkt het bindende karakter van de in de biedingsvoorwaarden genoemde criteria te worden bevestigd door artikel 1, lid 1, van de biedingsvoorwaarden, waarin is aangegeven dat die biedingsvoorwaarden „[...] de voorwaarden [bevatten] voor de directe referentieverkoop van aandelen in het kapitaal van [TAP SGPS], welke verkoop plaatsvindt in het kader van de indirecte herprivatisering van het aandelenkapitaal van [TAP]”.
- 38 Het valt moeilijk te ontkennen dat de criteria van dien aard zijn dat zij worden opgelegd aan degene die de aan de orde zijnde deelneming verwerft, aangezien die criteria in beginsel tot gevolg hebben dat bieders die deelnemen aan de procedure voor de herprivatisering, met het indienen van een bod de verplichting op zich nemen om te voldoen aan alle uit die criteria voortvloeiende vereisten.
- 39 Daarnaast blijkt uit de aan het Hof ter beschikking staande stukken dat er na het selecteren van de verwerver van die deelneming overeenkomsten zijn aangegaan op grond waarvan de verwerver contractueel verplicht is om zich aan die vereisten te houden.
- 40 Voorts moet erop worden gewezen dat de verwijzende rechter het Hof verzoekt om de in de biedingsvoorwaarden gestelde eis dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding behouden blijven in de betrokken lidstaat, te toetsen aan de bepalingen van het VWEU met betrekking tot de vrijheid van vestiging, en om de in de biedingsvoorwaarden opgenomen eisen die zien op het uitvoeren van openbaredienstverplichtingen en het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub, te toetsen aan de bepalingen van het VWEU inzake het vrij verrichten van diensten.
- 41 De zojuist genoemde eisen gelden evenwel voor marktdeelnemers die geselecteerd willen worden als de koper van de aandelen waarop de herprivatisering betrekking heeft, en die zich dus willen vestigen in Portugal. Die eisen hebben dan ook primair betrekking op de vrijheid van vestiging van de bieder, ook al is er tevens sprake van indirecte gevolgen voor de door TAP verrichte diensten.
- 42 Verder moeten de genoemde eisen slechts worden getoetst aan de vrijheid van vestiging, en dus niet aan het vrije verkeer van kapitaal.

- 43 Het is immers vaste rechtspraak van het Hof dat een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten van die vennootschap kunnen worden bepaald, onder de vrijheid van vestiging valt (arresten van 13 april 2000, Baars, C-251/98, EU:C:2000:205, punt 22, en 10 juni 2015, X, C-686/13, EU:C:2015:375, punt 18).
- 44 In casu lijkt het verwerven van een deelneming van 61 % in TAP SGPS naar aanleiding van de in het hoofdeding aan de orde zijnde herprivatisering voldoende om te kunnen spreken van een bepalende invloed op het bestuur van en de zeggenschap over die onderneming en daarmee dus ook haar dochteronderneming TAP. Dat de aandeelhoudersstructuur van TAP SGPS nog is gewijzigd en de deelneming is verlaagd van 61 % naar 45 % doordat de Portugese Staat de benodigde aandelen heeft teruggekocht om zijn deelneming te verhogen van 34 % naar 50 %, lijkt hieraan niet af te doen.
- 45 Ten slotte is het wat de relevantie van artikel 345 VWEU betreft, aan welk artikel Parública en de Italiaanse regering in hun bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen hebben gerefereerd, juist dat de in de biedingsvoorwaarden gestelde eisen onder dat artikel vallen, aangezien zij worden gehanteerd bij de herprivatisering van een staatsbedrijf dat volledig in handen was van een lidstaat.
- 46 Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft artikel 345 VWEU echter niet tot gevolg dat de in de lidstaten bestaande regelingen van het eigendomsrecht aan de fundamentele regels van het VWEU worden onttrokken, met name niet aan die inzake het discriminatieverbod, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer (arrest van 22 oktober 2013, Essent e.a., C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Beperkingen van de vrijheid van vestiging

- 47 Wat om te beginnen de eis betreft dat degene die de deelneming verwerft, de in het hoofdeding aan de orde zijnde openbaredienstverplichtingen moet uitvoeren, moet eraan worden herinnerd dat volgens artikel 5, onder d), van de biedingsvoorwaarden die eis ziet op „het vermogen om tijdig en doelmatig te voldoen aan de openbaredienstverplichtingen die mogelijkterwijs rusten op TAP, inclusief met betrekking tot verbindingen tussen de belangrijkste nationale luchthavens en de autonome regio's, indien van toepassing, alsmede met betrekking tot het behoud en de verdere ontwikkeling van de routes die mogelijkterwijs worden gebruikt door de autonome regio's, in het buitenland wonende Portugezen en de landen en gemeenschappen waar Portugees wordt gesproken of een officiële taal is”.
- 48 In dit verband staat met betrekking tot de geregelde luchtverbindingen tussen Portugal en zijn autonome regio's, zoals de ultraperifere gebieden de Azoren en Madeira, vast dat deze lidstaat in het verleden aan luchtvaartmaatschappijen die vlogen op die routes, openbaredienstverplichtingen heeft opgelegd die overeenkomstig artikel 16, lid 4, van verordening nr. 1008/2008 middels een kennisgeving zijn gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Voorts blijkt uit de aan het Hof ter beschikking staande stukken dat niet ter discussie is gesteld dat die openbaredienstverplichtingen voldeden aan de inhoudelijke en procedurele eisen van de artikelen 16 en 17 van die verordening.
- 49 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet een nationale maatregel inzake een materie die op het niveau van de Unie uitputtend is geharmoniseerd, aan de bepalingen van die harmonisatiemaatregel worden getoetst en niet aan die van het primaire recht (arresten van 17 november 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punt 57, en 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 Vastgesteld moet worden dat, wat openbaredienstverplichtingen in de luchtvaart betreft, er in de artikelen 16 tot en met 18 van verordening nr. 1008/2008, gelezen in samenhang met overweging 12 van die verordening, sprake is van een uitputtende harmonisatie, aangezien zij in detail regelen aan

welke inhoudelijke en procedurele voorwaarden moet worden voldaan om openbardienstverplichtingen op te kunnen leggen, en aangezien zij het voorts mogelijk maken om ten aanzien van die verplichtingen beroep in te stellen nadat zij zijn opgelegd.

- 51 Uit met name artikel 16, lid 1, van de verordening volgt dat een lidstaat slechts voor bepaalde routes binnen de Unie, in het bijzonder routes tussen een luchthaven in de Unie en een luchthaven in een perifeer gebied van zijn grondgebied, openbardienstverplichtingen kan opleggen.
- 52 Aangezien artikel 5, onder d), van de biedingsvoorwaarden van de nieuwe aandeelhouder die wordt geselecteerd na het doorlopen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde herprivatiseringsprocedure, slechts verlangt dat hij voldoet aan openbardienstverplichtingen die mogelijkerwijs worden opgelegd aan TAP in overeenstemming met de inhoudelijke en procedurele voorwaarden van de artikelen 16 en 17 van verordening nr. 1008/2008, verdraagt die nationale maatregel zich dus met het Unierecht, zonder dat toetsing aan het primaire recht, en met name de vrijheid van vestiging, hoeft plaats te vinden.
- 53 Wat vervolgens de verplichtingen betreft die uit artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeien voor de verwerver van de deelneming waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde herprivatisering betrekking heeft, en die respectievelijk zien op het behoud van het hoofdkantoor en van de feitelijke leiding in Portugal en het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub, moet worden vastgesteld dat er bij die nationale maatregelen geen sprake is van een door verordening nr. 1008/2008 geharmoniseerd gebied, zodat zij moeten worden getoetst aan het primaire Unierecht en specifiek aan de vrijheid van vestiging.
- 54 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof alle maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als „beperkingen van de vrijheid van vestiging” in de zin van artikel 49 VWEU moeten worden beschouwd (zie met name arrest van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 55 Vastgesteld moet worden dat de twee uit artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende eisen die aan de orde zijn in het hoofdgeding, beperkingen van de vrijheid van vestiging opleveren, daar zij de uitoefening van die vrijheid belemmeren of minder aantrekkelijk maken.
- 56 Deze eisen staan er immers aan in de weg dat in de toekomst, na de beëindiging van de herprivatiseringsprocedure en de daaruit voortvloeiende wijziging in de aandeelhoudersstructuur van TAP SGPS, de organen van die onderneming bepaalde besluiten nemen, met name besluiten die ertoe strekken de hoofdvestiging of de hub van de betrokken onderneming te verplaatsen naar ergens buiten Portugal, terwijl dergelijke besluiten mogelijkerwijs economisch voordelig zijn voor die onderneming.
- 57 De eisen behelzen voor de verwerver van de deelneming van maximaal 61 % in het aandelenkapitaal van TAP SGPS dus beperkingen van de beslissingsvrijheid waarover de organen van die onderneming normaal beschikken, welke beperkingen kunnen worden vergeleken met die welke mogelijkerwijs voortvloeien uit de omstandigheid dat een lidstaat zijn speciale rechten die verbonden zijn aan prioriteitsaandelen, de zogenoemde „golden shares”, uitoefent ter verdediging van algemene belangen (zie naar analogie arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, EU:C:2006:608, punt 30).
- 58 Wat specifiek de in artikel 5, onder c), van de biedingsvoorwaarden genoemde verplichting betreft dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het TAP-concern in Portugal gevestigd blijven, kan het beperkende karakter van die verplichting, anders dan Parública en de Portugese regering betogen, niet ter discussie worden gesteld op basis van het arrest van 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:814).

- 59 In dat arrest heeft het Hof onder meer voor recht verklaard dat de voor marktdeelnemers die een exploitatieaanvraag doen geldende verplichting om een zetel of een vaste inrichting op het grondgebied van de betrokken lidstaat te hebben om bij concessie een geregelde dienst personenvervoer per bus te mogen exploiteren, niet in strijd was met het Unierecht wanneer die verplichting werd gehanteerd nadat de exploitatievergunning was verleend en vooraleer de marktdeelnemer met de exploitatie van die lijn aanving.
- 60 Het Hof heeft er met name op gewezen dat de verplichting in kwestie logisch gezien op zich geen belemmering of beperking van de vrijheid van vestiging inhield, aangezien zij geen enkele beperking inhield van de vrijheid van de in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers om agentschappen of andere inrichtingen op het betrokken grondgebied op te richten (arrest van 22 december 2010, Yellow Cab Verkehrsbetrieb, C-338/09, EU:C:2010:814, punt 34).
- 61 Vastgesteld moet echter worden dat die verplichting wezenlijk verschilt van die welke aan de orde is in het hoofdgeding en betrekking heeft op de omstandigheid dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het TAP-concern behouden blijven in Portugal. Het betreft dus de hoofdvestiging van de ondernemingen die deel uitmaken van dat concern. Die in de tijd onbegrensde verplichting houdt niet in dat een nieuwe, nevenvestiging wordt opgericht, maar dat de hoofdvestiging van die ondernemingen in de betrokken lidstaat behouden blijft.
- 62 Overeenkomstig de artikelen 49 en 54 VWEU is bij een dergelijke verplichting tot behoud van de hoofdvestiging in de betrokken lidstaat sprake van beperking van de vrijheid van vestiging van een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat, namelijk in casu naar Portugees recht. De vrijheid van vestiging omvat het recht om de hoofdvestiging van die vennootschap te verplaatsen naar een andere lidstaat, hetgeen vereist dat, als de verplaatsing met zich brengt dat de vennootschap wordt omgezet in een vennootschap naar het recht van die andere lidstaat en haar oorspronkelijke nationaliteit verliest, er wordt voldaan aan de oprichtingsvoorwaarden die worden gesteld in het recht van de lidstaat waar de hoofdvestiging naar wordt verplaatst (zie in die zin arrest van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punten 33-35).

Mogelijke rechtvaardiging van de beperkingen van de vrijheid van vestiging

- 63 Vervolgens is de vraag aan de orde of de uit artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot het behoud van het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van TAP in Portugal en het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub, ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij zijn aan te merken als beperkingen van de vrijheid van vestiging van de koper van de aandelen waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde herprivatisering betrekking heeft, kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang. Dit houdt in dat deze verplichtingen geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in die zin met name arrest van 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, punt 52).
- 64 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat het betoog van de Nederlandse regering dat de verplichting met betrekking tot het behoud van het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van TAP in Portugal rechtvaardiging vindt in het doel om toe te zien op de naleving van de verplichting om de openbaredienstverplichtingen van artikel 5, onder d), van de biedingsvoorwaarden uit te voeren, niet kan worden gevolgd.
- 65 Zoals de advocaat-generaal in punt 85 van zijn conclusie heeft aangegeven, zijn er om toezicht uit te oefenen immers maatregelen die de vrijheid van vestiging minder beperken, zoals de verplichting om een nevenvestiging te hebben. Bovendien zou de verplichting voor een luchtvaartmaatschappij om

haar hoofdvestiging in een lidstaat te behouden om de enkele reden dat zij een route van of naar die lidstaat exploiteert waarop een openbaredienstverplichting betrekking heeft, kennelijk onevenredig zijn.

- 66 Wat in de tweede plaats de dwingende redenen van algemeen belang betreft die mogelijk relevant zijn voor de rechtvaardiging van de uit artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende beperkende maatregelen, volgt uit de toelichting op besluit met kracht van wet nr. 181-A/2014 dat er in de biedingsvoorwaarden rekening mee moet worden gehouden dat TAP „een bedrijf [is] dat een innige band met het land heeft, welke band gehandhaafd moet blijven [en] [h]et [...] dan ook belangrijk [is] om de kenmerkende eigenschap als nationale luchtvaartmaatschappij niet kwijt te raken”, en dat ervoor moet worden gezorgd dat bij de herprivatisering van TAP met name wordt gekeken naar „het strategische belang van de nationale hub als beslissende schakel voor de betrekkingen tussen Europa, Afrika en Latijns-Amerika, in welk verband de vluchten van TAP een essentiële rol spelen”, alsook naar „het belang van de binnenlandse verbindingen, met name tussen het vasteland en de eilanden, aangezien die binnenlandse verbindingen cruciaal zijn om de territoriale en sociale samenhang en de economische ontwikkeling te bevorderen”.
- 67 Deze algemene doelstellingen zijn opgenomen in artikel 5, onder c), van de biedingsvoorwaarden, dat als volgt luidt: „het indienen en waarborgen van de uitvoering van een geschikt en samenhangend strategisch plan dat beoogt de groei van [TAP] te beschermen en te bevorderen en rekening houdt met de door de regering omschreven doelstellingen voor de herprivatisering, de verdere versterking van de concurrentiepositie van TAP als wereldwijd actieve luchtvaartmaatschappij op de reeds bestaande markten en op nieuwe markten, het behoud van de integriteit, bedrijfsidentiteit en onafhankelijkheid van het TAP-concern, met name door het behoud van het merk TAP en van de banden van dat merk met Portugal alsmede door het waarborgen dat het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van het TAP-concern in Portugal gevestigd blijven, en voorts nog de bijdrage aan het behoud en de verdere ontwikkeling van de operationele en zakelijke eigenschappen van het TAP-concern, en de stimulering en verdere ontwikkeling van de human resources van het concern”.
- 68 De genoemde algemene doelstellingen komen ook naar voren in artikel 5, onder e), van de biedingsvoorwaarden, dat het heeft over „de bijdrage aan de groei van de nationale economie, inclusief met betrekking tot het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub als platform dat van cruciaal strategisch belang is voor de betrekkingen tussen Europa, Afrika en Latijns-Amerika”.
- 69 Verder is ook artikel 5, onder d), van de biedingsvoorwaarden in dit verband relevant, aangezien er daarin sprake is van „verbindingen tussen de belangrijkste nationale luchthavens en de autonome regio’s, indien van toepassing, alsmede met betrekking tot het behoud en de verdere ontwikkeling van de routes die mogelijk worden gebruikt door de autonome regio’s, in het buitenland wonende Portugezen en de landen en gemeenschappen waar Portugees wordt gesproken of een officiële taal is”.
- 70 Voor zover artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden betrekking heeft op doelstellingen zoals de bescherming en bevordering van de groei van TAP, de versterking van de economische positie van deze onderneming, de bijdrage aan het behoud en de verdere ontwikkeling van de operationele en zakelijke eigenschappen van het TAP-concern en de bijdrage aan de groei van de nationale economie, is het vaste rechtspraak dat overwegingen van zuiver economische aard die zien op de bevordering van de nationale economie of op de goede werking daarvan, een belemmering van een van de door de Verdragen gewaarborgde fundamentele vrijheden niet kunnen rechtvaardigen (zie onder meer arrest van 21 december 2016, AGET Iraklis, C-201/15, EU:C:2016:972, punt 72).
- 71 Zoals Parpública en de Portugese regering in wezen hebben betoogd, is er in artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden, gelezen in samenhang met artikel 5, onder d), van die voorwaarden en de toelichting op besluit met kracht van wet nr. 181-A/2014, echter sprake van een dwingende reden van algemeen belang die een rechtvaardiging kan vormen voor een belemmering van de vrijheid van vestiging, waar het gaat om het behoud en de verdere ontwikkeling van de verbindingen van TAP met

derde landen waarmee de Portugese Republiek bijzondere historische, culturele en sociale banden onderhoudt en waar Portugees de officiële taal of een van de officiële talen is, zoals de Republiek Angola, de Republiek Mozambique of de Federale Republiek Brazilië.

- 72 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat het waarborgen van een dienst van algemeen belang een dwingende reden van algemeen belang kan vormen waardoor een belemmering van een van de door de Verdragen gewaarborgde fundamentele vrijheden kan worden gerechtvaardigd (zie naar analogie arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, EU:C:2006:608, punt 38).
- 73 De dwingende reden van algemeen belang die relevant is voor de rechtvaardiging van de uit artikel 5, onder c) en e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende beperkende maatregelen, is dus het waarborgen van de dienst van algemeen belang waarmee ervoor wordt gezorgd dat er voldoende geregelde luchtverbindingen zijn naar en vanuit Portugeestalige derde landen waarmee Portugal bijzondere historische, culturele en sociale banden onderhoudt.
- 74 Wat in de derde plaats de vraag betreft of de uit artikel 5, onder c), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende eis met betrekking tot het behoud van het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van TAP in Portugal gerechtvaardigd kan worden, moet worden vastgesteld, zoals ook de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat die eis gelet op de genoemde dwingende reden van algemeen belang evenredig is.
- 75 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter blijkt uit de aan het Hof ter beschikking staande stukken namelijk dat de Portugese Republiek bilaterale overeenkomsten heeft gesloten met bepaalde derde landen, waaronder met name de Portugeestalige derde landen die bijzondere historische, culturele en sociale banden hebben met de Portugese Republiek, zoals de Republiek Angola, de Republiek Mozambique of de Federale Republiek Brazilië, en dat in die overeenkomsten de verkeersrechten van TAP voor de verbindingen met deze landen afhankelijk worden gesteld van de eis dat de hoofdvestiging van TAP behouden blijft in Portugal.
- 76 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter volgt uit die bilaterale overeenkomsten dus dat TAP de verkeersrechten zou verliezen die deze onderneming heeft op routes naar en van die derde landen als haar hoofdvestiging wordt verplaatst naar ergens buiten Portugal. Het is dan ook duidelijk dat een eis als die welke voortvloeit uit artikel 5, onder c), van de biedingsvoorwaarden, voor zover hij behelst dat de hoofdvestiging van TAP in die lidstaat behouden blijft, een maatregel is waarmee invulling kan worden gegeven aan de dwingende reden van algemeen belang dat er voldoende geregelde luchtverbindingen zijn naar en vanuit de betrokken Portugeestalige derde landen waarmee Portugal bijzondere historische culturele en sociale banden onderhoudt.
- 77 Deze eis gaat bovendien niet verder dan wat er gelet op die dwingende reden van algemeen belang nodig is, aangezien de verplaatsing van de hoofdvestiging van TAP naar ergens buiten Portugal ingevolge artikel 8, lid 1, van verordening nr. 1008/2008, gelezen in samenhang met artikel 4, onder a), van die verordening, tot gevolg zou hebben dat de exploitatievergunning en het AOC die de bevoegde Portugese autoriteit aan TAP heeft afgegeven niet meer geldig zouden zijn en dat de exploitatie van de geregelde luchtverbindingen, waaronder ook die naar en van de betrokken Portugeestalige derde landen en ten aanzien waarvan vaststaat dat het om een wezenlijk deel van de activiteiten van TAP gaat, zou worden verhinderd.
- 78 Voorts wordt de evenredigheid van die eis, wat de in punt 73 van dit arrest genoemde dwingende reden van algemeen belang betreft, bevestigd door de omstandigheid dat TAP nevenvestigingen, waaronder filialen of dochterondernemingen buiten Portugal, kan oprichten.

- 79 In de vierde plaats is de vraag aan de orde of de uit artikel 5, onder e), van de biedingsvoorwaarden voortvloeiende eis met betrekking tot het behoud en de verdere ontwikkeling van de huidige nationale hub rechtvaardiging vindt in het doel om de dienst van algemeen belang te waarborgen waarmee ervoor wordt gezorgd dat er voldoende geregelde luchtverbindingen zijn naar en vanuit Portugeestalige derde landen waarmee Portugal bijzondere historische, culturele en sociale banden onderhoudt.
- 80 In dit verband is niet aangetoond dat het organisatiemodel van de luchtdiensten van de bestaande nationale hub behouden moet blijven om het doel te bereiken dat er luchtverbindingen zijn met de betrokken Portugeestalige derde landen. Het lijkt niet bij voorbaat uitgesloten dat dit doel ook kan worden bereikt met een ander organisatiemodel.
- 81 Het lijkt weliswaar evenmin uitgesloten dat het model van de bestaande nationale hub een nuttig instrument kan zijn om dat doel te bereiken, maar geconstateerd moet hoe dan ook worden dat dit model geldt voor alle verbindingen en niet alleen voor verbindingen van of naar de betrokken Portugeestalige derde landen.
- 82 Hieruit volgt dat de eis dat ervoor wordt gezorgd dat de bestaande nationale hub behouden blijft en verder wordt ontwikkeld, verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken, namelijk het onderhouden van banden met die derde landen.
- 83 Gelet op een en ander dient op de eerste tot en met de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat in de biedingsvoorwaarden met betrekking tot de herprivatisering van een luchtvaartmaatschappij eisen worden opgenomen op grond waarvan:
- de verwerver van de deelneming waarop die herprivatisering betrekking heeft, in staat moet zijn om ervoor te zorgen dat de openbaredienstverplichtingen van die luchtvaartmaatschappij worden uitgevoerd, en
 - die verwerver het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van de luchtvaartmaatschappij moet behouden in de betrokken lidstaat, wanneer de verplaatsing van de hoofdvestiging van die luchtvaartmaatschappij naar elders tot gevolg zou hebben dat de luchtvaartmaatschappij de verkeersrechten verliest die zij heeft op grond van bilaterale overeenkomsten die die lidstaat heeft gesloten met derde landen waarmee hij bijzondere historische, culturele en sociale banden onderhoudt, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter.

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat in die biedingsvoorwaarden de eis wordt opgenomen dat de verwerver van de deelneming ervoor zorgt dat de bestaande nationale hub behouden blijft en verder wordt ontwikkeld.

Kosten

- 84 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt moet aldus worden uitgelegd dat zij niet relevant is voor de beoordeling van de vraag of van strijdigheid met het Unierecht sprake is bij**

bepaalde eisen die betrekking hebben op de activiteiten van een luchtvaartmaatschappij en die worden opgelegd aan degene die een gekwalificeerde deelneming in die luchtvaartmaatschappij verwerft, en met name bij de eis dat de verwerver van die deelneming openbaredienstverplichtingen uitvoert en de nationale hub van de luchtvaartmaatschappij behoudt en verder ontwikkelt.

- 2) Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet eraan in de weg staat dat in de biedingsvoorwaarden met betrekking tot de herprivatisering van een luchtvaartmaatschappij eisen worden opgenomen op grond waarvan:
- de verwerver van de deelneming waarop die herprivatisering betrekking heeft, in staat moet zijn om ervoor te zorgen dat de openbaredienstverplichtingen van die luchtvaartmaatschappij worden uitgevoerd, en
 - die verwerver het hoofdkantoor en de feitelijke leiding van de luchtvaartmaatschappij moet behouden in de betrokken lidstaat, wanneer de verplaatsing van de hoofdvestiging van die luchtvaartmaatschappij naar elders tot gevolg zou hebben dat de luchtvaartmaatschappij de verkeersrechten verliest die zij heeft op grond van bilaterale overeenkomsten die die lidstaat heeft gesloten met derde landen waarmee hij bijzondere historische, culturele en sociale banden onderhoudt, hetgeen ter beoordeling staat van de verwijzende rechter.

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat in die biedingsvoorwaarden de eis wordt opgenomen dat de verwerver van de deelneming ervoor zorgt dat de bestaande nationale hub behouden blijft en verder wordt ontwikkeld.

ondertekeningen